

# ***A NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E LEGITIMADOS PASSIVOS PARA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALÊNCIA***

---

**LUÍS FELIPE SALOMÃO\***

*Desembargador do Tribunal de Justiça - RJ*

## **1. Introdução**

A nova Lei (11.101/2005) que passou a regular, em nosso País, a partir de 8 de junho de 2005, a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, assim como a falência, após inúmeras vicissitudes na tramitação legislativa que durou cerca de onze anos, traz grandes inovações ao direito concursal.

O Novel Diploma Legal altera conceitos e termos jurídicos, extinguindo a concordata e a continuação dos negócios pelo falido, como previsto no revogado Decreto – Lei 7.661/45.

Introduz a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, modificando o sistema falimentar.

Mantém a dualidade existente entre os procedimentos, quando se trata de devedor empresário e não-empresário. Para o civil, o sistema e o da insolvência (Código de Processo Civil, artigos 748 e seguintes). Em relação aquele que exerce atividade empresária, aplica-se à nova Lei.

As micro e empresas de pequeno porte (Lei 9.841 /99 e Decreto 3.474/2000) possuem procedimento especial para a recuperação judicial (artigos 70 a 72, Lei 11.101/2005), muito assemelhado à concordata anterior.

Aplica-se, no que couber, o Código de Processo Civil à nova Lei de recuperação (artigo 189).

Houve, também, substancial modificação no tocante a intervenção do Ministério Público, cuja atuação é limitada a alguns aspectos processuais da recuperação e falência, com ênfase no que permite à fiscalização para alienação de ativos e cumprimento do plano de recuperação. A sua função precípua, contudo, está na persecução criminal.

Também sobreveio alteração em relação à categorização dos créditos concursais.

A fase de verificação tem uma etapa eminentemente extrajudicial, concentrada nas mãos do administrador e a outra judicial, sobretudo quando há impugnação.

O plano de recuperação da empresa é o verdadeiro coração da nova Lei.

O jurista, para bem aplicá-la, deverá ter noções gerais de micro e macro economia, gestão, administração de empresas, dentre outras matérias que normalmente não fazem parte do cotidiano jurídico.

A capacitação dos profissionais e a mudança de mentalidade, pois, serão fundamentais para o sucesso ou malogro do novo diploma legal.

Para a modernização pretendida pela nova Lei de recuperação da empresa, não basta só a inserção desse novo instituto, mas há necessidade de algumas medidas de natureza periférica que não são menos importantes do que a modificação legislativa. Por exemplo, a atuação do CADE na proteção das empresas, coibindo o abuso do direito econômico, com ações antitruste, anticartéis e outras, é fundamental.

Vemos hoje, no nosso dia-a-dia, que muitas das empresas de médio para grande porte, levadas à falência, ficaram desprotegidas em relação a uma atuação administrativa que poderia sanar o problema.

Também a forma adequada para a capacitação dos profissionais não se resume a alguns seminários de palestras.

É preciso discutir exaustivamente todas as conseqüências de cada artigo, item por item das respectivas atuações e papéis, fórmulas para melhor e mais eficientemente aplicação da lei, bem como ter-se a participação de gestores e administradores judiciais adequadamente capacitados para auxílio ao juízo.

Além disso, é preciso fornecer ao juiz estrutura mínima de trabalho, com peritos, técnicos, administradores, modos e meios para que possa exercitar melhor a sua função.

Para isso, também será necessária adaptação ampla de toda a legislação periférica.

Nesse campo que estamos tratando, e bem mais fácil a teoria que a prática.

## **2. Declaração Judicial da Falência e Sujeitos Passivos**

Falência vem de *fallere*, faltar, enganar. Modernamente, é o processo de execução concursal. No dizer elegante de Rubens Requião, é a solução judicial da situação jurídica do devedor-empresário, que – não paga no vencimento obrigação líquida<sup>1</sup>.

**2.1.** O artigo 94 da Lei 11.101/2005 dispõe que a falência do devedor será decretada: a) quando não houver pagamento sem relevante razão de direito, de obrigação líquida, vencida fundada em título(s) executivo(s) protestado(a), cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência; b) quando o

---

<sup>1</sup> O artigo 75 da Lei 11.101/2005 dispõe: "A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único - O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual."

devedor for executado por qualquer quantia líquida, e não paga, nem deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

c) quando pratica atos previstos na Lei, caracterizados do estado falimentar.

Por primeiro, cumpre verificar que a nova Lei estabeleceu, no mesmo dispositivo, as hipóteses que antes eram descritas nos artigos 1º e 2º do Decreto – Lei 7.661/45.

Os pressupostos para o estado de falência são:

- a) sujeito passivo que exerça atividade empresarial;
- b) insolvência, caracterizada pelas hipóteses do artigo 94;
- c) sentença judicial.

**2.2.** São sujeitos passivos apenas os que exercem atividade empresarial.

Estabelece o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005: "Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor."

Os conceitos de empresário e sociedade empresária estão no novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

Art. 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 982 – Salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (artigo 967); e, simples, as demais.

Estão incluídos o empresário individual<sup>2</sup> e a sociedade empresária, para efeito de aplicação da Lei de recuperação de empresa e falência.

A sociedade empresária irregular (sem registro) ou de fato sem contrato), na esteira da posição anterior, pode falir pela nova Lei, posto que não foi contemplada nenhuma modificação nesse sentido.

O artigo 2º<sup>3</sup> exclui da aplicação da Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista.

Também excluiu instituições financeiras pública ou privada (regidas pela Lei nº 6.024/74), cooperativas de crédito (Lei nº 5.764/71), consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde (Lei 9.656/98), sociedade seguradora (Lei 10.190/2001 e Decreto – Lei 73/66), sociedade de capitalização (Decreto-Lei 261/67) e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores (v.g. *leusing* Resolução do Banco Central 2.309/96. Usinas de açúcar - Decreto-Lei 3.855/41).

A sociedade anônima, pelo Código Civil e pela própria Lei de sociedades anônimas, é mercantil seja qual for a sua atividade real. A S/A está sempre sujeita a recuperação e a falência.

O produtor rural que tenha a inscrição no registro da atividade mercantil pode pedir a recuperação judicial da empresa e estará sujeito a falência (artigo 971, Código Civil), Criou-se uma dualidade, o produtor

---

<sup>2</sup> O artigo 3º do Decreto-Lei 7.661/45, que cuidava da legitimidade passiva do devedor empresário individual, em situações diferenciadas, foi inteiramente suprido do contexto atual, dada a sua pouca aplicação prática. Todos os casos estão incluídos no âmbito do artigo 94.

<sup>3</sup> Art. 2º – Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – Instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

rural que tem e o que não tem registro, para poder obter o benefício da recuperação.

Na verdade, o registro mercantil passa a ter uma importância fundamental. Embora não seja constitutiva da atividade empresarial, o fato é que a sua prova faz presunção *iure et de iure*.

E a sociedade simples que a lei civil diz que não é mercantil, na verdade pode ter como atividade o exercício organizado o habitual de produção ou circulação de bens ou serviços. Se a sociedade simples obtiver o registro comercial, poderá pleitear a recuperação e se submeterá à falência.

Do contrário, só caberá a insolvência civil.

Todas as cooperativas têm nitidamente natureza civil por força de lei, estão excluídas da falência.

Na verdade, é o exame do caso concreto que permitirá aferir se o devedor desenvolve, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Na esteira da jurisprudência anterior, que deverá ser mantida, estão excluídos do conceito de empresários aqueles que exercem dupla atividade, com preponderância para a natureza civil (ex.: academia de ginástica, colégios, hotéis, vendedores autônomos, profissionais liberais – desde que o exercício da profissão não se constitua em elemento da empresa –, prestador individual de pequenos serviços, dentre outros).

Além do mais, se não houver organização para produção ou circulação de bens ou serviços, não haverá atividade empresarial.

Todavia, certamente a força construtiva da doutrina e jurisprudência apontarão o caminho a seguir.